

La seconda sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 811 del 7 febbraio 2022, ha affermato che l'art. 42-bis, D.L.vo 26 marzo 2001, n. 151, come modificato dall'art. 14, comma 7, della L. n. 124 del 2015, prevede che "1. *Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del D.L.vo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, può essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda*". La disposizione in esame è applicabile anche al personale delle forze di polizia. Infatti, quando una norma (come appunto l'indicato art. 42-bis) fa riferimento specifico, ai fini della delimitazione del suo ambito di applicazione, all'art. 1, comma 2, D.L.vo n. 165/2001, essa deve intendersi applicabile al personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni, così come ivi individuate, nella massima ampiezza dell'estensione di tale categoria (Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6016). Tale orientamento è ormai consolidato in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1366; Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6577; Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2019, n. 5872; Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2016, n. 4257). In tal senso, peraltro, come meglio indicato in seguito, è anche intervenuto un espresso riferimento normativo costituito dall'art. 40, comma 1, lett. q), D.L.vo 27 dicembre 2019, n. 172 che ha aggiunto il comma 31-bis all'art. 45 del D.L.vo 29 maggio 2017, n. 95, ai sensi del quale "Al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui al presente decreto legislativo, le disposizioni di cui all'articolo 42-bis, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, si applicano esclusivamente in caso di istanza di assegnazione presso uffici della stessa Forza di polizia di appartenenza del richiedente, ovvero, per gli appartenenti all'Amministrazione della difesa, presso uffici della medesima". Secondo giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5063) l'art. 42-bis - anche dopo la novella operata dall'art. 14, comma 7, L. n. 124 del 2015 - non attribuisce all'interessato un diritto, ma implica sempre e comunque una valutazione discrezionale dell'Amministrazione. Al fine dell'applicazione del predetto articolo al personale militare e a quello delle Forze di Polizia a ordinamento civile e militare è necessario operare un più delicato bilanciamento fra i contrapposti interessi, dovendo l'amministrazione: a) accertare l'esistenza nella sede di destinazione di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva (trattasi di una condizione tassativa, nel senso che in caso contrario il beneficio non può essere concesso); b) verificare che vi sia l'assenso dell'amministrazione di provenienza e di quella di destinazione, stante che (salvo quanto di seguito indicato con riguardo al sopravvenuto D.L.vo 27 dicembre 2019, n. 172) il diniego del beneficio deve essere motivato e limitato a "casi o esigenze eccezionali". Il consenso può, infatti, essere negato solo per esigenze eccezionali che, per le ragioni di specificità relative all'ordinamento militare o di polizia, possono anche riguardare motivate esigenze di servizio inerenti alla struttura di provenienza o quella di destinazione e avere riguardo al particolare stato del militare o alla particolare posizione professionale dell'istante. In sostanza, pur quando ricorra il requisito della vacanza e disponibilità del posto di corrispondente posizione retributiva, il beneficio può comunque essere negato in considerazione delle prevalenti esigenze di servizio della struttura di attuale impiego del militare (Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5063) e di quella di destinazione (T.A.R. Friuli V. Giulia Trieste, sez. I, 26 aprile 2018, n. 136). L'espressione "posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva", utilizzata nell'art. 42-bis in questione, deve intendersi non solo come presenza nel reparto di destinazione di un posto scoperto in organico, ma anche la disponibilità di quel posto, nel senso che lo stesso non sia temporalmente già ricoperto da personale disponibile ad altro titolo. Solo in tal senso è comprensibile l'endiadi presente nella norma che richiede che il posto sia "vacante" e "disponibile", ponendo un ulteriore requisito oltre alla vacanza, costituito dal quid pluris della (effettiva) disponibilità. Tale interpretazione, peraltro, si pone a tutela dell'interesse pubblico dell'Amministrazione delle forze di polizia a un razionale impiego del personale disponibile in considerazione delle ragioni di servizio, evidentemente contemplato dalla norma che, come indicato, non configura il beneficio come un diritto soggettivo. Tale interesse richiede che il trasferimento avvenga presso una sede che abbia effettivamente bisogno di ulteriore personale.

## Riferimenti Normativi:

- art. 42-bis, D.L.vo 26 marzo 2001, n. 151 (Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche)
- art. 1, comma 2, del D.L.vo 30 marzo 2001, n. 165
- art. 45, D.L.vo 29 maggio 2017, n. 95
- art. 40, D.L.vo 27 dicembre 2019, n. 172